



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Bacharelado em Direito

LUCAS ALMEIDA LACERDA DA COSTA

**O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
DO AGENTE PÚBLICO NAS HIPÓTESES DE LICITAÇÃO
DISPENSÁVEL CONFORME O ART. 27 DA LEI 8.666/93.**

Brasília

2019



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Bacharelado em Direito

LUCAS ALMEIDA LACERDA DA COSTA

**O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
DO AGENTE PÚBLICO NAS HIPÓTESES DE LICITAÇÃO
DISPENSÁVEL CONFORME O ART. 27 DA LEI 8.666/93**

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Dimitri Graco Lages
Machado

Brasília

2019



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Bacharelado em Direito

LUCAS ALMEIDA LACERDA DA COSTA

**O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
DO AGENTE PÚBLICO NAS HIPÓTESES DE LICITAÇÃO
DISPENSÁVEL CONFORME O ART. 27 DA LEI 8.666/93**

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
FAJS do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc. Dimitri Graco Lages
Machado

Brasília, (data).

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

Aos meus pais, irmãos e avós, pois presentes em toda minha vida de modo intenso, compartilhando alegrias e confortando tristezas.

Aos meus diletos colegas de curso, amigos e profissionais com os quais tive orgulho de trabalhar ao longo desta jornada acadêmica.

Ao Direito, à Justiça, à Igualdade.

Resumo

O intuito deste trabalho é apresentar o conceito e desdobramentos das licitações e contratos administrativos, à luz da Lei nº 8.666 de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), com base nos princípios do direito administrativo, utilizados pelos agentes públicos responsáveis para a organização de certames licitatórios. Concomitantemente, abordar-se-á a fiscalização dos certames e da utilização de dinheiro público pelos órgãos de controle externo, como é o caso do Tribunal de Contas da União - TCU, voltado para arguir sobre a finalidade dos atos administrativos. Nesse cenário, invoca-se a discricionariedade administrativa dos agentes como instrumento válido para destravar o Estado da rigidez legislativa e conduzir a Administração Pública à um caminho, par e passo, comum ao crescente Direito Contemporâneo, que se reflete no Direito Administrativo, essencialmente, na transparência dos atos públicos e na condução de uma política de fomento econômico.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Licitações e Contratos. Direito Contemporâneo. Burocracia. Tribunais de Contas.

Abstract

The purpose of this project is to introduce to the community the Brazilian concept of bidding and administrative contracts, based on the Law nº 8.666 from 1993 (“Lei de Licitações e Contratos”) and according to administrative law principles. Those principles must be utilized by those public agents responsible to promote the celebration of administrative contracts.

Concomitantly, it will examine the inspection applied in to the funds and the public funds application by the external control entities, as the Brazil’s Tribunal de Contas da União – TCU, directed to contest the purpose of the administrative acts. Within this scenario, the agent’s administrative discretion is evoked in order to unlock the State of the law inflexibility and lead the public administration to nearby the summit of the contemporaneous law, that reflects on the administrative law, essentially, in the aspect of transparency and economic growth.

Key-Words: Administrative Law. Public Administration. Biddings and Contracts. Contemporaneous. Bureaucracy.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	8
2. ABORDAGEM DA BUROCRACIA	14
2.1. LICITAÇÕES: HISTÓRICO, CONCEITOS E MODALIDADES	16
2.1.1. DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA JUSTIFICAR O USO DA DISCRICIONARIEDADE	22
2.2.1. CONTEXTO HISTÓRICO E ATUAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO JUDICIÁRIO COMO <i>ULTIMA RATIO</i> DAS AGENTES PÚBLICOS	29
2.3. REFLEXOS DA RIGIDEZ BUROCRÁTICA CRITICADA POR MERTON NO ATRASO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO	38
3. CONCLUSÃO	40
4. REFERÊNCIAS	42

1. INTRODUÇÃO

O conceito de discricionariedade acaba por atrelar-se ao conceito de poder vinculado. Enquanto a primeira é uma garantia de uma margem de escolha, o segundo se refere a uma submissão do agente à legislação. O poder vinculado, logo, obriga o agente a praticar o ato administrativo de acordo com a legislação, sem margem para a discricionariedade decisória. A discricionariedade, desse modo, permite uma apreciação subjetiva da Administração Pública, de maneira que concede maior abertura para as decisões nos casos concretos. O agente público, assim, pode interpretar pela melhor solução aplicável ao caso concreto. Enquanto isso, no poder vinculado não há essa previsão de escolha. Consequentemente, diz-se haver, no ato discricionário, uma convolação. Ou seja, o que era interesse administrativo torna-se direito.¹

É com a breve exposição da Mestre em Teoria e História do Direito, Athena Bastos, sobre discricionariedade administrativa, que se ilustra a importância do poder discricionário na elaboração de atos administrativos. Eis que *o agente público, assim, pode interpretar pela melhor solução aplicável ao caso concreto*.

Como pontuado, o interesse administrativo transforma-se em positivação do direito quando o agente público, em face das oportunas janelas de discricionariedade, decide com base em suas razões para adequar a atuação da Administração Pública ao interesse público.

Chamada discricionariedade está presente em praticamente todos os âmbitos do Direito Administrativo, especialmente nas escolhas determinantes dos agentes públicos, no espaço em que a legislação constitucional e infraconstitucional não o impeçam de exercê-la. Seja proposital ou ocasional, a omissão da legislação concede ao agente público a possibilidade de supri-la com atos discricionários.

No âmbito das licitações, a citada janela de discricionariedade se materializa nas hipóteses de licitações dispensáveis – que serão abordadas com maior minúcia *a posteriori* –, haja vista a opção do legislador em retirar a rigidez do ato vinculado e dispor ao licitante a opção de dispensar o certame licitatório e realizar contratação direta.

¹ BASTOS, Athena. Os fundamentos da discricionariedade administrativa. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/discricionariedade-administrativa/>>. Acesso em 21/10/2019

Neste caso específico, o legislador optou por resguardar os ditames técnico-funcionais dos agentes públicos e, com reserva legal expressa, trouxe as hipóteses de escolha.

Inicialmente, para melhor entender o contexto das licitações e poder adentrar no mérito do titular da licitação, explica-se: A figura da licitação é um mecanismo que objetiva a escolha da melhor proposta para a realização de um serviço ou obra que o Estado não tinha condições de realizar com seus próprios esforços, seja por ausência de desenvolvimento tecnológico ou pelo interesse na desconcentração da Administração Pública.

Em que pese existir previsão de certame licitatório no Brasil desde o Império, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história brasileira a prever explicitamente a preferência por licitação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²

Ou seja, estando presente na Constituição ou não, “licitação” não é um termo novo no ordenamento brasileiro e nem se trata de procedimento desconhecido, pelo contrário.

A legislação prevê com as questões que devem ser respeitadas quando da realização do certame, que é previsto constitucionalmente como prioridade no momento de contratações a serem realizadas pelo Poder Público, haja vista suas características que refletem o caráter democrático e justo positivado principalmente pela Constituição Federal de 1988.

Como previsto pelo art. 37 da Constituição Federal [supracitado], a licitação é o meio mais adequado para o fim almejado – contratar –, pois é imbuído e obedece *aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

² Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24/10/2019

Se por um lado, os procedimentos intrínsecos à licitação garantem a satisfação dos princípios do direito administrativo, eles têm um preço, que é a demora.

Diversas questões são levantadas dependendo do caso concreto, porém, a resposta para a grande maioria delas está na melhor adequação da providência no âmbito dos princípios da Administração Pública. Entre estes, tem-se os constitucionais, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...]³

Igualmente, existem os princípios positivados na Lei 9.748/99, os doutrinários e os abarcados pela jurisprudência, por exemplo, da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica, da ampla defesa, da autotutela, da presunção de veracidade, entre outros, igualmente importantes para a Administração Pública.

Diante destes princípios, o agente público toma suas decisões visando a melhor adequação do interesse público para o caso concreto.

Vale frisar que, nestes casos, o agente não pode ter interesse pessoal na escolha, visto que, tal fato caracterizaria ato improprio. O interesse na decisão de promover a contratação direta deve ser o interesse público, que não pode ser confundido com interesse estatal ou interesse da Administração, vez que aquele será o beneficiário desta escolha e, além disto, é representado pelo funcionário público.

Neste ponto é crucial citar a presunção *juris tantum* do ato administrativo. É dizer, em todo âmbito jurídico, a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo agente, bem como dos atos de sua autoria sempre implica imputação do ônus da prova àquele que acusa, via de regra, o particular, que deverá comprovar cabalmente a ilegalidade do ato administrativo que fora submetido.

De modo inverso, a atuação dos órgãos de Controle Externo, especialmente no TCU quando do julgamento do processo nº TC 007.987-2001-1, sob o qual irá se estudar mais adiante, em face de ato administrativo tomado no sentido de contratar diretamente do particular, segue a premissa de que o agente investigado deve comprovar o porquê de suas escolhas, e não existe ônus de provar dolo por parte do controle externo, nesta ótica de acusador no processo de tomada de contas.

³ Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25/10/2019.

Muito por isto estes agentes promovem certos protocolos de *compliance* na administração pública para promover a própria salvaguarda.

Neste sentido, MENDONÇA, entende:

Os casos de corrupção revelados nos últimos anos envolvendo agentes vinculados a instituições de Estado nos âmbitos federal, estadual e municipal colocaram em evidência não apenas os descompassos perniciosos entre a atuação do agente público e o interesse coletivo que este deveria resguardar, como também trouxeram para a agenda pública a importância de uma política efetiva de resgate dos princípios norteadores da administração pública, pilares de sua própria existência.⁴

Tal afirmativa encaixa-se perfeitamente na reiterada importância de resgatar os princípios norteadores do Direito Administrativo, vez que somente estes conseguem aperfeiçoar a essência do ato administrativo, bem como, servem de garantia para o agente público de que sua atuação está fielmente resguardada pelo texto constitucional, sem que haja possibilidade de reabrir o mérito da questão sem causar ofensas à segurança jurídica, ato jurídico perfeito, coisa julgada e o reflexo dessas condutas no mundo jurídico, vez que, toda atuação do agente público, seja para contratação direta ou indireta, gera representação direta na prestação de um serviço público essencial.

Em retorno às licitações, a doutrina dominante, a qual este estudo se alinha, entende que o agente público, quando diante dos referidos procedimentos, deve utilizar-se dos instrumentos cabíveis para dar o máximo de legalidade na sua atuação, para que não sobrevenha uma fumaça sobre os seus atos, o que poderia levar a uma imputação de má-fé, ou pior, de ato improbo.

Ainda assim, o agente que utilizar-se de todos os meios possíveis, todos os princípios e diretrizes adequadas para realizar a dispensa da licitação, ainda estará sob pena de imputação em ato de improbidade administrativa, visto que o "olhar" da autotutela do Estado, está voltada para o efetivo resultado que a opção do agente público produziu, ou seja, para a questão meramente pecuniária.

Se por um lado a legislação prevê a atuação dos agentes públicos exatamente nas janelas de atuação discricionária e utiliza-se de limites para regular a atuação dos órgãos de controle externo, por outro lado é omissa a partir do momento em que não diferencia o agente que age dolosamente, do que age culposamente. O que existe, portanto, é uma presunção de que o agente público, mesmo quando diante de situações

⁴ MENDONÇA, Grace Maria Fernandes Mendonça. Protocolos de compliance na administração pública e a necessária descorrupção. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/grace-mendonca-protocolos-compliance-administracao-publica#author>>. Acesso em 25/10/2019.

adversas – como as hipóteses de licitação dispensável –, assume os riscos de sua função, sem que possa prever as consequências fáticas de suas escolhas no mundo jurídico volátil como é atualmente.

A situação narrada, a qual o agente público está inserido, se mostra onerosa, pois a sua incumbência de realizar contratações em nome da Administração se reflete em uma realidade em que o agente público não recebe qualquer incentivo para a sua atuação, que se mostra de alto risco, em análise das penas e sanções que pode sofrer em caso de ato que gere danos ao erário, ainda que seja suscetível de erro, que é comum ao ser humano.

Faz-se um paralelo com a atribuição de um tabelião, que age por meio de tabelionários – no popular: Funcionários de um cartório –, visando cumprir uma função essencial ao Estado, lucrando por todo e qualquer ato realizado, via de regra, e, conseqüentemente, sofre pessoalmente toda a responsabilidade por seus atos⁵. Na prática, existem tabeliões que estão sob pena de serem responsabilizados por seus atos e os de terceiro que realizarem em seu nome, porém, em contrapartida, recebem quantias milionárias todos os anos.

O que se tenta demonstrar é que, a situação do agente público, especificamente nestes casos onde deve aplicar sua discricionariedade, é indesejável, pois mesmo quando tem certeza das nuances da situação fática e possui nível técnico suficiente para decidir com propriedade a melhor solução, ainda possui chance de ser imputado um ato improbo caso o representante do órgão de controle externo entenda a sua conduta como inadequada.

Desta maneira, o agente público “perfeito” seria aquele que age com o máximo de embasamento principiológico e maior número de instrumentos legais. Se todos os agentes agissem visando o interesse público por meio destes instrumentos supracitados, a prestação de serviços seria mais eficiente e o Estado funcionaria de maneira menos custosa e mais confortável, tanto para os administradores quanto para os administrados, sem a necessidade de se recorrer todas as vezes para o procedimento burocraticamente lento.

É primordial asseverar que a discricionariedade administrativa que o licitante se utiliza para agir com seus próprios convencimentos é primordial à administração, pois

⁵ Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. – Lei 8.935/1994.

garante a flexibilização do Estado quando da edição dos atos administrativos, como já muito bem explicado pela ilustre doutrinadora Maria Sylvia Di Pietro.

Logo, há de se refletir acerca da capacidade do agente público que está incumbido de realizar as contratações públicas. Destarte, o limite da discricionariedade do agente seria elevado e transpareceria maior confiança na ação administrativa.

Tal atuação do agente – desde que seja competente para tal – traria enormes benefícios para a população, pois teria seus serviços essenciais prestados de maneira mais eficaz. Ao mesmo tempo, a situação econômica do país tenderia a uma melhora exponencial, visto que a burocracia – além de trazer morosidade aos contratos – também oportuniza a corrupção, pois o dinheiro passaria por mais mãos antes de chegar a efetivação do serviço.

O doutrinador espanhol MORÓN⁶ ensina que a atuação do Estado deve primar pelo “controle judicial”, ou seja, pela atuação das instituições estatais de modo a preencher lacunas deixadas por outros poderes, visando o bem comum. Exemplificando, temos que o Judiciário agirá de forma a controlar o interesse público quando o Executivo e o Legislativo forem omissos ou contraditórios; o Executivo fará o mesmo e o Legislativo, *idem*.

Unindo o entendimento de Morón com o que ensina a professora Maria Sylvia Di Pietro⁷, podemos entender que a atuação do agente público deve se dar quando se depara com as lacunas da lei, mesmo que não sejam lacunas amplas. A discricionariedade é essencial para evitar a automação do Estado, pois dá ao agente público a possibilidade de atuar com suas próprias convicções quando da edição de um ato administrativo. Para tanto, deve se basear nos princípios que regem o direito administrativo e agir almejando ao máximo buscar a efetivação do princípio da legalidade e da publicidade, que atualmente se sobrepõem aos demais, haja vista sua natureza de contemporaneidade face às mudanças sociais correntes.

Em suma, o que tenta se evidenciar é que o Estado não somente falha na prestação de serviços, mas também quando impõe o processo burocrático previsto por Weber como essencial para qualquer ato administrativo. Finalmente, acaba por piorar a situação quando julga de forma injusta a atuação dos agentes que se desdobram em suas funções para solucionar os problemas da população.

⁶ MORÓN, Miguel Sanches. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. pp. 91.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* – 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 494.

2. ABORDAGEM DA BUROCRACIA

Muito do que é trazido como inflexibilidade da atuação do agente público é causada pelo desentendimento acerca do conceito de burocracia. A estrutura burocrática influencia na atuação dos agentes públicos e reflete na prestação de serviços para os administrados, seja negativa ou positivamente.

Para tanto, vale abordar um dos conceitos de burocracia que é trazido por Chiavenato⁸, citando Weber para explicar a organização burocrática e seu surgimento. Explica que, a burocracia representou uma invenção social aperfeiçoada no decorrer da Revolução Industrial, com a finalidade de dirigir rigidamente as atividades das empresas com a maior eficiência possível. Um dos pontos citados por Chiavenato é a preocupação com a incorporação deste conceito de organização burocrática em larga escala:

A necessidade de um modelo de organização racional capaz de caracterizar todas as variáveis envolvidas, bem como o comportamento dos membros dela participantes, e aplicável não somente à fábrica, mas a todas as formas de organização humana e principalmente às empresas. O crescente tamanho e complexidade das empresas passaram a exigir modelos organizacionais mais bem-definidos.⁹

Ainda, Chiavenato entende que Weber entende que “a burocracia é a organização eficiente por excelência.” Ainda segundo Weber:

(...) a burocracia tem as seguintes características: 1. Caráter legal das normas e regulamentos; 2. Caráter formal das comunicações; 3. Caráter racional e divisão do trabalho; 4. Impessoalidade nas relações; 5. Hierarquia de autoridade; 6. Rotinas e procedimentos padronizados; 7. Competência técnica e meritocracia; 8. Especialização da administração; 9. Profissionalização dos participantes; 10. Completa previsibilidade do funcionamento.¹⁰

Enquanto a aplicação da organização racional burocrática possui, na teoria, grande possibilidade de colher frutos, sobressai fragilidade em sua estrutura, tendo em vista o dilema: de um lado, pressão de forças exteriores para encorajar o burocrata a seguir outras normas diferentes das da organização e, de outro lado, o compromisso dos subordinados com as regras burocráticas.

Conclui dizendo que “a racionalidade da estrutura racional é frágil e precisa ser protegida contra pressões externas, a fim de poder ser dirigida para os seus objetivos e não para outros.”

⁸ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. pp. 91.

⁹ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. pp. 130.

¹⁰ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. pp. 139.

Para Weber, sob a ótica da exigência de controle, as consequências imprevistas, representadas pelas chamadas “disfunções da burocracia” geram ineficiência da máquina.

Em análise diametralmente oposta, Chiavenato lembra que Merton representa burocracia por meio de um modelo que se baseia nas consequências não previstas, chamadas disfunções da burocracia, concluindo que a rigidez do sistema reduz a eficácia organizacional e põe em risco o apoio do usuário. Para Merton, fazendo análise da estrutura de uma empresa privada, o funcionário, quando somente atende às regras internas e não se preocupa com o problema do cliente, mas com a defesa e a justificação do seu próprio comportamento, não resolverá as questões pelas quais foi provocado.¹¹

No fundo, para Merton, a burocracia não é tão eficiente como salientava Weber, mas apresenta na prática uma série de distorções (disfunções) que prejudicam seu funcionamento e a levam à ineficiência.

Esta visão trazida por Merton é, atualmente, aquela que representaria uma solução prática para a máquina pública brasileira, pois, se vê o maior grau de preocupação com as liberdades de escolha do funcionário, no caso, agente público, priorizando sua discricionariedade sem abrir mão da estrutura hierárquica na qual está inserido.

Isto posto, sob ótica da estrutura burocrática rígida levantada por Weber, os ditames legais, sejam previstos na Constituição Federal, sejam previstos na Lei n. 8.666/1993, ainda que resguardecem os Direitos daqueles que licitam, seja no polo passivo ou no polo ativo da contratação propriamente dita, vislumbram detalhes desnecessários à efetivação da prestação, que, por vezes, contrapõe o princípio da celeridade e da continuidade do serviço público, com o da legalidade e transparência, por exemplo.

O princípio da celeridade está previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso LXXVIII, e dispõe que os processos – não somente os de natureza contenciosa –, devem desenvolver-se em tempo razoável, de modo a garantir a utilidade do seu resultado final.

No caso em análise, a garantia da utilidade do resultado final de uma licitação é a essencialidade do que se está buscando, pois, em caso de se mostrar inviável conseguir o resultado final esperado, a melhor solução deveria ser não promover o certame licitatório.

A continuidade do serviço público também é aspecto relevante, vez que, ainda que se exija a implementação do disposto na legislação para fins realizar um certame

¹¹ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. pp. 155.

licitatório, não se pode abrir mão da continuidade de um serviço prestado, eventualmente de natureza essencial, por conta da morosidade de um procedimento legal.

Isto posto, resta uma contraposição entre os supracitados princípios e o princípio da legalidade, o qual exige a aplicação direta da lei ao caso concreto e o da transparência, que, por sua vez, conduz a atuação do agente público com enfoque na demonstração ao público que o dinheiro público está sendo bem utilizado.

A burocracia rígida em um ente estatal, principalmente, é essencial, como mencionado por Chiavenato ao citar Weber, porém, quando se torna ineficiente e essencialmente morosa, revela a má organização da máquina pública e acende uma enfermidade que começa na Administração e afeta a finalidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, a população, que depende do Estado.

Esta demora, por vezes, não é aturável, portanto, a dispensa de licitação para contratação direta de um serviço ou obra por parte da Administração, por exemplo, é primordial para efetivar a atuação estatal frente às situações que se demonstrem necessárias.

Neste ponto, a legislação infraconstitucional pressagiu a “disfunção burocrática” de Merton para prever, genericamente, as hipóteses e ditames a serem seguidos pelo agente público, gerando certas lacunas no ato fato oriundo da ação do licitante, o que acarreta em maior responsabilização pelos atos por si realizados, visto que não resguardados pela legislação, esta regente da Administração Pública, mas, essenciais à produção de efeitos práticos.

2.1. LICITAÇÕES: HISTÓRICO, CONCEITOS E MODALIDADES

Conforme ensinado por Di Pietro, aproveitando o conceito trazido por José Roberto Dromi, pode-se definir licitação como um instrumento de natureza jurídica procedimental pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, dispõe aos particulares interessados um edital de contratação, visando celebração contrato administrativo para realização de obras e serviços, compras, alienações e locações.¹²

Tais procedimentos – sim, procedimentos, pois trata-se de série de atos preparatórios do ato final objetivado pela administração, qual seja, a prestação de serviço típico ou não –, são previstos pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 225.

regulamentados pela Lei nº 8.666/1993, ainda que de forma genérica, atribuindo ao titular da contratação indireta uma responsabilidade acerca da implementação dos *correct procedures* para efetivação do interesse público.

A Lei nº 8.666/1993, além de definir as diretrizes, os termos técnicos e princípios a serem seguidos pelos gestores promoventes de um processo licitatório, define também as suas modalidades, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.¹³

Em que pese a importância da definição destas modalidades, o intuito do presente trabalho não é analisar os seus pormenores, mas sim, mostrar aos leitores a importância da discricionariedade administrativa do gestor público para escolhê-las nas hipóteses de licitações dispensáveis, como se irá expor.

A Lei nº 8.666/1993 é inflexível, pois define com especificidade as hipóteses em que o agente (i) é obrigado a realizar licitações, e (ii) deve escusar o certame licitatório. Contudo, nas hipóteses de licitação dispensável – em que pese a legislação preveja situações nas quais, o agente público, quando julgar preenchidos os requisitos para dispensa, pode dispensá-la –, não se trata de dispensa instintiva. Vale frisar que o gestor não é obrigado a dispensar automaticamente caso julgue presentes os requisitos. Trata-se de uma faculdade imputada ao agente público.

Esta opção, dentre aquelas previstas na Lei nº 8.666/1993, é a que melhor abarca a discricionariedade do agente público frente a um cenário novo, visto que se depara com, inicialmente, a decisão a ser tomada entre realizar ou não o certame.

A legislação abrange 35 (trinta e cinco) cenários de licitação dispensável, frente as quais, o gestor deve agir conforme espécie de dupla janela de discricionariedade, em certos casos, como se explicará.

De fato, a tentativa da lei é abarcar a maior possibilidade de hipóteses de licitação dispensável, baseando-se em critérios objetivos e subjetivos. Desta maneira, explicitou diversos cenários, como por exemplo, os dos incisos XXXV, XXVIII e IV do artigo 24:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras

¹³ Art. 22. São modalidades de licitação: I - concorrência; II - tomada de preços; III - convite; IV - concurso; V - leilão.

e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

(...)

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

(...)

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

Como se vê, a atenção dada pela legislação está em pormenorizar cada um dos itens elencados nos incisos do artigo supracitado, contudo, em que pese a tentativa globalizar referidas hipóteses, restaram algumas omissões que prejudicam a efetivação do interesse público, que, por sua vez, não pode ser confundido com interesse da Administração. Além do que, grande parte das hipóteses previstas são contemporâneas à data em que fora proposta a Lei nº 8.666/1993, motivo pelo qual, algumas destas estão ultrapassadas no tempo.

Um dos exemplos de omissão legal é a supressão da definição de “bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional”, previstos no inciso XXVIII do art. 24, da Lei nº 8.666/1993.

Neste cenário, o licitante deve ter das duas, uma: Suficiente técnica para distinguir as balizas da questão, ou possua suporte técnico para tal decisão, como por exemplo, corpo de assessorias jurídicas ou órgãos específicos dentro uma entidade que sejam responsáveis por realização de licitações, o que contará com especialistas no assunto, mas que, ainda assim, agem de maneira discricionária. O que, ainda assim, não será totalmente satisfatório, pelo fato de que o duplo grau de jurisdição ainda será exercido pelas entidades de controle jurisdicional, quando serão avaliados os reflexos daquela escolha.

Assim, a distinção acerca das balizas do caso concreto será abordada em face das circunstâncias as quais o agente público se encontra, buscando atender ao interesse público. O juízo de apreciação acerca dos princípios regentes do Direito Administrativo deve ser realizado a fim de que a escolha tomada seja a mais eficaz possível a cada um dos casos.

Pois bem. Ciente desta omissão legislativa acerca da atuação do agente público, vale retomar o assunto relativo ao procedimento tomado pelo licitante, que deve

levar em consideração o seguinte: Em primeiro lugar, deve optar em realizar ou não o certame licitatório. É a primeira escolha a ser feita, visto que não se trata de licitação inexigível ou dispensada, que produzem efeitos imediatos com relação ao procedimento a ser tomado.

Neste ponto é onde se materializa a primeira janela de discricionariedade, pois, face um caso empírico no qual se deve revestir a capa do interesse público e atuar em nome da Administração, o agente público formaliza seu entendimento acerca daquela necessidade e opta por um ou outro caminho.

Na vista do licitante, em optando por realizar o certame licitatório, o procedimento legal será seguido *ipsis letteris*, porém, corre o risco de sucumbir ao tempo, haja vista rígida burocracia dos atos administrativos e a morosidade da Administração Pública, o que Chiavenato já abordou como sendo negativo para fins de efetivação da prestação de serviço público, consoante Merton. Para fins de exemplo acerca do risco da demora, sem que haja estudo pormenorizado dos critérios técnicos para tal escolha, novamente cita-se o caso de licitações portuárias, pois, ao tempo da realização deste estudo, trata-se do segmento no qual se importa/exporta absurda maioria de produtos das mais diversas categorias e tonelagens, com grande ênfase na descentralização desta atividade com fins de melhorar infraestrutura e melhor prestação de serviço.

Visto um extremo da cadeia de celeridade nas licitações, pode-se concluir o que se espera de outros procedimentos licitatórios onde não exista interesse público de mesma dimensão, como é a diferença atacada acerca do interesse público primário, caracterizado pelo interesse da coletividade sobre o particular e do interesse público secundário, marcado pelo interesse patrimonial do Estado.

Em sequência, a partir desta primeira escolha [realizar ou não certame licitatório], o agente público já está passível de ser imputado como improbo, pois, sua opção pode não ser a mais correta e causar dano desnecessário ao erário. Muito embora tais consequências sejam, em sua maioria, imprevisíveis, o que se espera de um agente público de alto cargo é a competência para escolher da maneira correta, sem a possibilidade de isentá-lo de eventual imputação, o que não parece ser a melhor maneira de se imputar a responsabilidade objetiva por irregularidade, ilegalidade ou nulidade em um processo de contratação.

Por outro lado, caso o licitante opte por dispensar o exame, como lhe é facultado, a janela de discricionariedade se abre pela segunda vez, e de maneira mais ampla, pois, a partir de agora, a Lei n. 8.666/1993 se omite com relação ao *modus*

operandi do gestor público, que deve optar, com base em suas próprias razões, ou seja, com base em sua discricionariedade, pela melhor maneira de realizar a contratação do serviço ou compra do produto essencial.

Em termos gerais, o contrato será firmado diretamente com o fornecedor em nome do Estado, sob responsabilidade direta do agente que optou pela contratação, seja este o técnico responsável pela realização do contrato ou o Diretor-Presidente em acatamento à determinação de uma maioria.

Desta forma, é essencial que o gestor público, responsável pelo certame licitatório daqueles órgãos, autarquias, ou entes que estão sujeitos à Administração Pública Direta ou Indireta, possua conhecimento técnico-prático da área em que se atua, bem como amplo domínio dos princípios que regem o direito administrativo. Fato é que, muitas das vezes, o agente público é indicado politicamente para algum cargo hierarquicamente superior, o que prejudica a eficiência da gestão do ente administrativo.

Em certos casos, algumas autarquias, entidades e demais órgãos vinculados à Administração Pública direta e indireta possuem setores específicos para realização de contratações, os quais passam ao gestor público a melhor escolha a ser tomada.

A vista disto, o responsável irá tomar aquela opção que julgar necessária, sob tutela da atuação dos órgãos de controle, motivo pelo qual, pode se acovardar às Cortes de Contas e prejudicar aqueles necessitados de ação governamental.

Não obstante a omissão do legislador em orientar o feitor, o art. 26 da Lei de Licitações prevê série de freios e contrapesos para que a opção do gestor seja lapidada, conforme as diretrizes oriundas da autoridade superior, bem como o atendimento dos requisitos de instrução do processo:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Como se vê dos incisos do parágrafo único do art. 26, o legislador determinou que nos casos de dispensa, inexigibilidade ou de retardamento do certame, que o gestor instruirá o processo com elementos que elucidem a sua escolha, desde optar ou não pela dispensa, e, *a posteriori*, como realizará tal procedimento.

De maneira implícita, restou consignado que o legislador deu maior prioridade ao princípio da publicidade – previsto constitucionalmente no art. 37 da Magna Carta –, ao imputar ao licitante a necessidade de expor publicamente todas as suas razões, teses e motivos para escolha de dispensa, bem como a técnica empregada.

De fato, o legislador opta por dar prioridade àquele princípio em relação aos demais princípios que regem o Direito Administrativo, pois, no âmbito do Direito Contemporâneo, com a crescente propagação do poder de polícia utilizado pelos órgãos públicos de fiscalização, bem como o poder investigativo da imprensa, a publicidade dos atos públicos é essencial para garantir a não-imputação do gestor como autor de eventual crime de improbidade administrativa.

Como bem pontuado pela doutrina, o princípio da publicidade diz respeito não somente à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados – como se faz em um ato de convocação de licitação, por exemplo –, mas também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento e a motivação para tanto, como ocorre nas dispensas de licitação.¹⁴

Não diferente, a doutrinadora Germana de Oliveira Moraes comenta que:

“o princípio constitucional da publicidade gera para o cidadão o direito à informação – a transparência dos atos, procedimentos e contratos administrativos, e mais do que isso, à informação verdadeira, e para a Administração Pública, o dever de motivar expressamente os atos administrativos”

No mesmo sentido, Moraes, citando Celso Lafer, contrapõe o “direito a uma informação exata e honesta dos governados” ao chamado “direito de mentir dos governantes, em benefício da comunidade”, para ele, inaceitável, quando conclui que o princípio da publicidade assegura ao administrado não somente o direito à informação, à transparência da atuação administrativa, à visibilidade do poder, mas também o direito à informação verdadeira¹⁵.

Tal mencionada importância desta diretriz principiológica se dá ao fato de que, atualmente, qualquer agente público, e principalmente, o licitante, encontra-se em

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 386

¹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. – 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 104.

uma espécie de berlinda caracterizada pelo receito da atuação dos órgãos de controle externo, e pela necessidade de exercer uma Administração Pública que coadune com os princípios contemporâneos de direito público, pautando-se, essencialmente, na transparência e no fomento econômico.

O já citado princípio da transparência se mostra essencial à esta altura, pois, quando relacionado com o fomento econômico característico de um país em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, pressiona a Administração Pública para que esta possa demonstrar, de maneira compreensível ao administrado, a saúde das contas públicas.

Logo, conforme sinteticamente exposto alhures, com fito de introduzir o conceito de licitações e como a legislação prevê as hipóteses de legislação dispensável, restou demonstrada a importância de se primar pelos princípios do direito administrativo, com ênfase no princípio da publicidade quando da omissão legislativa.

Neste diapasão, seguirá para aprofundamento deste estudo a importância da primazia pelos princípios do direito administrativo, de maneira mais ampla, visto que estes balizam a atividade administrativa de eventuais consequências oriundas do controle jurisdicional da administração pública.

2.1.1. DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA JUSTIFICAR O USO DA DISCRICIONARIEDADE

O *caput* artigo 37 da Constituição Federal prevê que a administração pública se pautará com base nos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, visando adequar a ação estatal à constitucionalidade imposta.¹⁶

Tal estudo é primordial para análise do tema ora proposto, visto que, quando da análise acerca das hipóteses de licitações dispensáveis, verifica-se que a maior lacuna que o agente público se depara é: Qual o limite da sua discricionariedade para dispor sobre os procedimentos de contratação?

Como exposto anteriormente, a licitação não é somente um instrumento estático, mas sim, de maneira dinâmica, uma série de procedimentos previstos

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

constitucionalmente e infraconstitucionalmente que devem ser seguidos para possibilitar a contratação de melhor custo-benefício. Este objetivo somente será atingido se o licitante observar, e mais importante ainda, preencher, a maior quantidade de princípios quando da celebração de um contrato administrativo.

Como pontua José Cretella Junior¹⁷, “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência. ”

A ciência, neste caso, é o Direito Administrativo. Conhecidamente, trata-se de ramo do direito de origem pretoriana – ou seja, oriunda dos tribunais –, e não codificada no nosso ordenamento jurídico, portanto, os princípios sempre representaram papel relevante neste ramo do direito.

Logo, a atuação do agente público, representante da Administração Pública, deve se basear nos mencionados princípios quando a legislação for rígida, e de maneira mais vibrante ainda, quando for omissa, como é o caso da licitação dispensável.

Neste sentido, o ilustre doutrinador Jacoby Fernandes¹⁸ se posiciona no sentido de que a contratação direta – ou seja, sem licitação – deve ser exceção, e se for tomada de modo emergencial, a primazia dos detalhes visando o preenchimento dos princípios do direito administrativo deve ser o foco do agente.

A posição de Fernandes se revela extremamente pertinente, pois coaduna-se com o fato de que, desde os primórdios, os órgãos de controle jurisdicional levam em consideração a atuação do agente público em alinhamento com os princípios que regem o ato.

Como se verá adiante, no tópico que aborda a atuação dos órgãos de controle externo sob a óptica do Poder Judiciário, a visão que se subordina o controle externo é a dos erros claros e da falta de atenção aos princípios do direito administrativo.

Igualmente, Moraes afirma que o ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo difuso de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, o que autoriza os Juízes e os Tribunais, por via oblíqua, a examinar a constitucionalidade dos atos

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de filosofia do direito. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 31.

¹⁸ JACOBY FERNANDES, J.U. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação; inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta, 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

administrativos, inclusive o respeito pela Administração Pública aos princípios constitucionais que regem sua atuação.¹⁹

Neste ponto, a restrição dada aos órgãos de controle jurisdicional sofre limitação em seu campo de ação, restringindo-os à constitucionalidade da matéria discutida e os princípios utilizados pelo agente público, impossibilitando-os de adentrar ao mérito da questão, principalmente com relação aos resultados práticos daquela escolha e de todas as consequências.

De maneira ainda mais minuciosa, Moraes defende que é complicado limitar a controlabilidade referente à atividade administrativa discricionária, entendida, pela autora, como aquela decorrente da concretização de normas que diante a ponderação valorativa de interesses, com o fim de integrar a norma, quer para valorar e aditar os pressupostos de fato necessários à edição de ato administrativo.

Ainda, conclusão obtida neste trabalho pela análise da lição de Moraes é que, sob a ótica dos órgãos de controle jurisdicional de outros países, especialmente, os europeus, a importância dos mencionados princípios do Direito Administrativo possui grande relevância.

Neste ponto, vale exemplificar que, há muito, a doutrina italiana, diferencia o erro quanto a verificação dos juízos técnicos de existência (*accertamenti*) do erro quanto à valoração dos fatos determinantes (*apprezzamenti*) para efeitos de controle jurisdicional do Estado. Em termos técnicos, *accertamenti* revela-se como o juízo técnico sobre o preenchimento dos requisitos para elaboração de um ato administrativo, no caso, em uma dispensa de licitação. *Apprezzamenti* consiste na valoração dos princípios (fatos determinantes) que regem o ato administrativo, que possui maior valor no momento da revisão de determinado ato.²⁰

Desta maneira, é possível notar-se que o controle jurisdicional italiano atribui maior rigidez ao julgamento de ato administrativo que demonstra equívoco em relação aos fatos técnicos que são utilizados para edição de algum ato do que na valoração principiológica propriamente dita.

Na Espanha, o doutrinador Miguel Sanches Morón cita a importância da função judicial como forma imprescindível de controle do exercício do poder político e

¹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 16.

²⁰ MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 71

administrativo, realizado por órgãos independentes que devem ser capazes de evitar ou corrigir erros, abusos e arbitrariedades. Contudo, alerta que extremar o controle judicial conduz ao risco de substituir decisões de autoridades democraticamente eleitas ou de órgãos delas dependentes por decisões [que também podem ser eivadas de erros] de autoridades que carecem de representatividade, ainda que não careçam de outro tipo de legitimidade constitucional para o exercício de suas funções.²¹

Tal juízo merece extrema reflexão, pois se formaliza copiosamente no Brasil. As Cortes de Contas, bem como, os magistrados, tendem a substituir as decisões dos outros Poderes da República, ainda que estes últimos sejam especializados em tal assunto.

Especialmente, como contraponto ao Poder Judiciário, as cortes de contas extrapolam sua competência para substituir o critério técnico utilizado em ato administrativo que envolva dinheiro público.

Neste ponto, a carência de representatividade levantada pelo doutrinador espanhol é latente, vez que os representantes das cortes de contas, em sua maioria, são indicações políticas, sem que haja *know-how* técnico para tomada de contas das mais diversas áreas.

Nesse liame, o ativismo judicial materializado através da substituição e complementação das lacunas deixadas pelo legislador, ainda que importantes para “contemporaneizar” os ditames legais, deve ser avaliado com cautela, para que o controle judicial citado por Morón não inutilize os órgãos do Executivo, fazendo destes, mera “passagem” para as decisões satisfativas.

Para efeitos deste estudo, o entendimento das Cortes de Direito Administrativo Francês se adequa de maneira mais efetiva ao entendimento esposado, pois a recente construção jurisprudencial francesa relativa ao controle da discricionariedade administrativa desenvolveu a técnica do *bilan coût-avantages*, traduzido como “contabilização de custos-benefícios”, na opinião do doutrinador Michel Fromont, representa que o controle jurisdicional deve resultar do saldo positivo produzido pela comparação entre todos os inconvenientes apresentados pela medida e a vantagem obtida pela promoção do interesse público visado por esta.²²

²¹ MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 97., APUD MORÓN, Miguel Sanchez.

²² MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 93., APUD FROMONT.

Outrora, reinvocando o cenário de direito administrativo brasileiro, inexistia *Codex* que definia as diretrizes procedimentais do agente público nas hipóteses trabalhadas por este projeto. O que existem são leis esparsas que regulamentam situações extremamente específicas, como o Decreto nº 9.048/2017, que regulamenta a exploração dos portos e instalações portuárias, em consonância com a Lei de Licitações, por exemplo. Destarte, o que se deve buscar enquanto da realização das atividades da administração são os princípios do direito administrativo, visando atender – pelo menos no âmbito da Constituição Federal –, o interesse público, que deve ser sempre prioridade do Estado.

A aplicação de princípios estes que – na teoria –, são os únicos parâmetros que podem ser revistos pelo *suprassumo* do controle jurisdicional brasileiro: O Poder Judiciário.

Sob pena de infligir na teoria da separação dos poderes, trazida por Montesquieu²³, o Poder Judiciário não pode rever o embasamento teórico utilizado pelos agentes públicos – tipicamente componentes do poder executivo, mas somente a existência de ilicitudes, ilegalidades e desacertos tão latentes que não poderiam ser suportados, sob a argumentação de um interesse maior. Caso o juiz combata a ação típica de outro poder, seja legislando²⁴, ou revendo critérios meramente técnicos, estaria agindo de maneira ilegal. Nesse sentido, sob ótica do *dever-ser*²⁵, o Poder Judiciário somente pode analisar o embasamento principiológico do agente e/ou as nuances constitucionais de sua atuação, visto que, os princípios do direito administrativo estão, ou previstos constitucionalmente, ou em leis esparsas.

Nesse sentido, acerca da atuação do judiciário como controlador jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal, quando dos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 33.527/RJ de 2015, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; 21.957-2/SC, de 1995, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa e do Recurso Extraordinário nº 315.007-3/CE, de 2002, de relatoria do Ministro Moreira Alves, consolidou jurisprudência no sentido de que o Judiciário somente pode intervir na esfera da Administração Pública para verificar e julgar a constitucionalidade, legalidade e infringência nos processos administrativos, e não para valorar os critérios técnicos utilizados pela Administração.

²³ Montesquieu. *L'Esprit des lois*, França, 1748.

²⁴ Vide Súmula 339/STF: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

²⁵ Teoria trazida por Hans Kelsen como uma predeterminação de conduta, no mundo ideal do Direito.

Neste ponto, o entendimento jurisprudencial sacramentado pelos precedentes citados, que perdura inalterado desde 1995 é no mesmo sentido do que pontua Moraes, pois encontram-se no ponto em que concordam na atuação do Judiciário – e aqui se faz interpretação extensiva para incluir também o Tribunal de Contas da União – somente para julgar questões constitucionais, legais e infringência dos princípios nos processos administrativos, sem valorar os valores determinantes utilizados pelo agente, visto que variáveis de acordo com o *hard-case* encontrado.

Neste mesmo sentido dos precedentes supracitados, TÁCITO comenta o acórdão do STF (RE 17.126 de 1951, de relatoria do Ministro Hahnemann Guimarães) suscitando que:

“A decisão do STF, que ora comentamos, destaca-se, no laconismo de seu enunciado, pela excelente síntese com que exprime o alcance do exame jurisdicional. A regra ali expressa abrange o exato limite entre legalidade e discricção. Define como tema da competência do Poder Judiciário ‘apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração’. Os atos administrativos são nulos quando o motivo invocado é falso ou inidôneo. Ou o antecedente é inexistente ou a autoridade lhe deu uma apreciação indevida, sob o ponto de vista legal. Sob as duas formas que na doutrina francesa se qualificam de *inexistência material* e *inexistência jurídica dos motivos*”²⁶

Em que pese o caso citado pelo i. Doutrinador não valha a pormenorização dos efeitos da decisão, bem como de sua fundamentação, é nítida a perspicácia para entender o limite entre legalidade e discricção, além de finalizar a competência do Poder Judiciário.

TÁCITO, neste ponto analisando os pontos do desvio de poder do controle jurisdicional, pontua com excelência:

“Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo.”²⁷

Pelas exposições feitas, é compreensível a conclusão que o agente público, sob pena de ter seu ato administrativo anulado, ou pior, sob pena de sofrer investigação por eventual favorecimento ilícito, deve primar-se pela obediência aos princípios do direito administrativo – pois sobre estes é que o controle jurisdicional se pauta, seja no direito administrativo brasileiro, seja nos outros países –, quando da omissão do legislador

²⁷ TÁCITO, Caio. Desvio de Poder em Matéria Administrativa, in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1951. pp. 16-17.

em determinar o caminho trilhado quando da sua própria omissão, com o perdão da repetição.

Logo, caso opte por um comportamento análogo ao do legislador, fatalmente incorrerá em ato nulo, prejudicando ainda mais a prestação de serviço estatal, o que traria resultado devastador sob a ótica do perigo da demora na prestação.

Contudo, esta atuação com base no estudo principiológico do direito administrativo é empírica e pouco explorada pelos agentes, principalmente no atual cenário de receio do agente público frente às entidades controladoras, que recebem, cada vez mais, subsistência para investigar minuciosamente todos os contratos administrativos realizados.

Importante ressaltar que esta atuação positiva das entidades representativas da autotutela estatal não é legal, pelo contrário. Esta performance se revela essencial para o melhor funcionamento estatal, contudo, o clamor social e a representatividade da imprensa na “caça às bruxas” se mostram prejudiciais à análise criteriosa da discricionariedade dos agentes que, por sua essência, são tipicamente discricionários.

Este citado clamor é reflexo do movimento expansionista do direito penal - estudado pelo doutrinador penalista José de Ribamar Prazeres –, que reproduziu o “direito penal simbólico” em outras vertentes do direito brasileiro.

Tomando-se de uma reflexão analógica, é possível fazer a comparação entre o “direito penal simbólico” e o cenário de burocracia estática da Administração Pública partindo do seu fato gerador, qual seja, o clamor social por uma resposta do Estado para os problemas gerados pelo próprio Estado.

Sob a ótica do Direito Penal, o movimento expansionista foi responsável por afetar a fundamentação de leis e tutela de bens jurídicos em demasia, fazendo com que a máquina pública restasse imerso em altíssima demanda de trabalho.

O direito penal simbólico seria caracterizado pelo conjunto de normas penais que contempla modelos de condutas e suas respectivas sanções penais, elaboradas essencialmente no clamor da opinião pública, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais, ainda que de forma ineficaz.²⁸

²⁸ PRAZERES, José de Ribamar Sanches. O Direito Penal Simbólico Brasileiro.

Sem buscar adentrar no ramo do direito penal, se enxerga que o reflexo deste movimento no direito administrativo é prejudicial ao bom funcionamento do Estado, vez que assombra o agente público, principalmente com relação a sua ação de discricionariedade.

Acerca do tema, vale expender a leitura para expor o conceito trazido pelo Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União – TCU, do chamado “Direito Administrativo do Medo”, que atualmente embasa a ação dos agentes públicos na edição de atos administrativos, pois estes devem se resguardar de maneira impenetrável, com o uso dos princípios mencionados, para não se verem perseguidos pelo controle jurisdicional do Estado.

2.2.1. CONTEXTO HISTÓRICO E ATUAÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO JUDICIÁRIO COMO *ULTIMA RATIO* DAS AGENTES PÚBLICOS

No âmbito dos órgãos administrativos, os agentes públicos terão seus atos administrativos julgados em Processos Administrativos Disciplinares, pelas comissões especiais das autarquias, entidades e órgãos vinculados à Administração Pública, ou pelas Corregedorias Regionais.

Acerca da responsabilidade (civil, penal ou administrativa) do servidor público, Veras, reconhece que:

O servidor Público, como dito alhures, representa a pilastra da Adm. pública, sendo, portanto, onerado no seu múnus. Tal realidade pode ser expressa pela máxima popular que diz: " a quem muito se dá, muito se pede". Razão esta pautada no encargo que é atribuído ao agente, que deve zelar pelo bom exercício, estendendo aos administrados a confiança de que a o mister público encontra-se em boas mãos.

Nesta esteira, arrima-se a tripla responsabilidade no fato de que não seria justo nem correto o Servidor responder tal qual um civil sem as respectivas atribuições administrativas, pois, é o servidor público um legítimo pivô da máquina administrativa, devendo, portanto, responder ainda mais pelo o exercício de que é titular.²⁹

Fora do contexto interno de cada órgão, autarquia ou ente específico, a atuação acerca das contratações, compras e licitações promovidas pela Administração serão alvo dos órgãos de Controle Externo. Em âmbito regional, os Tribunais de Contas Estaduais e do Distrito Federal, e na esfera nacional, o Tribunal de Contas da União –

²⁹ VERAS, Jonas. Responsabilidade do servidor público. 2011. Artigo disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6433/Responsabilidade-do-servidor-publico>.

TCU possuem competência para julgar as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte danos ao erário.³⁰

Além do Regimento Interno do TCU, o qual expõe esta competência, a Constituição Federal de 1988 prevê que *as contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União*³¹.

Desta forma, a Constituição Federal determinou que o Tribunal de Contas da União será órgão de controle externo, que, por sua vez, atuará em conjunto com o sistema de controle interno – composto por Legislativo, Executivo e Judiciário –, a fim de garantir cumprimento às metas previstas em plano plurianual e respeito ao orçamento da União, além de promover o controle das operações financeiras realizadas de interesse do Governo.

O Tribunal de Contas da União – TCU, órgão constitucionalmente previsto como vinculado ao Congresso Nacional³², é composto por 5 (cinco) órgãos colegiados,

30 Resolução-TCU Nº 246, de 30 de novembro de 2011. Título I, Capítulo I, Art. 1º, inciso I.

31 Art. 33, §2º da Constituição Federal.

32 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder;

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

quais sejam, 1ª e 2ª Câmaras; Comissão de Regimento; Comissão de Jurisprudência e Plenário. Segundo dispõe o sítio eletrônico do Tribunal, a missão do TCU é “contribuir como aperfeiçoamento da Administração Pública em benefício da sociedade. Para isso, tem como meta ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável.”³³

Ainda que preste auxílio direto ao Congresso Nacional, o TCU age sob sua própria autonomia e jurisdição. Sua composição de Ministros é indicada pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, na quota de um terço e dois terços, respectivamente.

Essencialmente com relação aos órgãos de controle externo dentro do Tribunal, está previsto, na sua estrutura organizacional o “Núcleo Estratégico de Controle Externo – NEC”, composto por Secretarias e Coordenadorias competentes para angariar subsídio para deliberação colegiada.

Oportunamente, com relação à atuação do TCU em sede de exercício típico de controle externo, trazendo um estudo de caso, vale citar o processo nº 007.987-2001-1, no qual a Corte de Contas exemplificou a sua competência e o sentimento inquisitivo corrente ao confirmar a condenação de ex-presidente de empresa pública ao pagamento do valor usado para contratação de escritório de advocacia sem licitação.

Neste caso, no bojo do recente Acórdão nº 1888/2019 – TCU – Plenário, proferido em 15 de agosto de 2019, o Plenário, em sede de recurso administrativo, confirmou o Acórdão nº 31/2008 – TCU – Plenário, e condenou o agente público – no caso, o ex-presidente da empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. –, ao pagamento de R\$ 540.000,00 (quinhentos e quarenta mil reais), ainda pendentes de atualização, em face da contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação.

No caso específico, a diretoria da empresa estatal, por indicação do então presidente executivo, autorizou a contratação de escritório de advogado especializado, através de inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, II da Lei n. 8.666/1993, haja

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

³³ <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>

vista inviabilidade de competição entre habilitados, por conta de sua comprovada experiência jurídica e alta capacidade profissional, em especial, à manutenção de licença ambiental efetivamente obtida pela concessionária de serviço público ao final do trâmite judicial do processo no qual atuou o advogado.³⁴

Em suma, a empresa pública Furnas corria o risco de interromper suas atividades em um relevante polo industrial caso não obtivesse a licença ambiental exigida pela Administração Pública em prazo limite previsto pela legislação vigente. *In casu*, o advogado fora contratado para obter decisão liminar judicial com fito de garantir a prestação jurisdicional, com base na continuidade do serviço público manejado pela empresa.

De acordo com os autos do processo em trâmite no TCU, que se iniciou em 2000 e ainda está em curso, oriundo de uma tomada de contas, a contratação do advogado fora antevista pela Assessoria de Assuntos Contratuais e Tributários de Furnas e efetivamente justificada, além de preencher os requisitos elencados pela Lei n. 8.666/1993 para realização de contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

Além do que, por força da estrutura organizacional de Furnas, o então presidente, por ocasião de reunião de quatro societário, invocou a necessidade da providência a ser adotada, sob risco do atraso no início da operação da empresa, o que restou votado positivamente pelos sócios presentes, o que culminou na contratação do escritório de advocacia.

Nesta oportunidade, a contratação direta do escritório de advocacia foi precedida de inegável insucesso do departamento jurídico interno de Furnas junto à Ação Civil Pública que culminou na decisão liminar que suspendeu as operações da empresa temporariamente.

Ainda assim, o Tribunal de Contas entendeu como devido o ressarcimento do montante pago por Furnas ao advogado, sob entendimento de que não restaram comprovados os motivos que ensejaram a inexigibilidade de licitação. Além do que, fundamentou que a empresa teria pago valores à maior do que a prática de mercado, condenando o ex-presidente da empresa ao pagamento do valor gasto, devidamente atualizado.

Do disposto no voto dos Ministro Relator do processo, resta demonstrado que o entendimento acerca da contratação do advogado especializado seria desnecessária,

³⁴ Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.0018901-5

visto que não restariam elementos que os advogados do departamento jurídico de Furnas não obteriam êxito na causa judicial:

26. De qualquer forma, ficou evidenciado que o Sr. Alexandre Husni e o Sr. José Luiz de Paula Eduardo Filho realizaram diversas atividades relacionadas à ação civil pública em tela, apesar de não ser possível afirmar que os advogados de Furnas não pudessem realizar as mesmas tarefas. Dada a razoabilidade dos valores pagos, entendo que pode ser aceito o pagamento de R\$ 60.000,00 feito a título de acompanhamento da ação. Afasto, portanto, essa parcela do débito.

27. Em relação ao montante de R\$ 600.000,00, entretanto, o mesmo não pode ser feito, pelos motivos que passo a tratar.

28. Conforme mencionado no item 20 acima, o contrato com o Sr. Alexandre Husni só foi firmado em 1/6/2000, depois do início dos trabalhos, e após as decisões proferidas nos Agravos nºs 2000.03.00.018901-5 e 2000.03.00.0022735-1. E foi esse contrato que estabeleceu o valor de R\$ 300.000,00 pela obtenção de decisões favoráveis em cada um dos citados agravos. Salta aos olhos a ilegitimidade do que foi feito: após já conhecido o resultado dos agravos, estabeleceu-se que cada um deles ensinaria o pagamento da vultosa quantia de R\$ 300.000,00.

29. Alegam os responsáveis que não é o contrato que habilita o advogado a prestar os serviços, mas a procuração. Não se está a discutir se o Sr. Alexandre Husni teria ou não competência para representar Furnas em juízo. A questão é que a definição dos valores só foi feita após o conhecimento do deslinde dos agravos interpostos, o que é absolutamente indevido. E, aliás, apesar da representação processual não constituir o foco da discussão que ora se trava, é de estranhar que o Sr. Alexandre Husni tenha conseguido interpor o primeiro agravo em nome de Furnas em 18/4/2000, uma vez que a outorga de poderes a ele só veio a ocorrer em 25/4/2000 (fl. 225, v.8).

30. Outro aspecto bastante relevante diz respeito aos valores arbitrados para o 'sucesso' nos agravos (R\$ 300.000,00 por cada), que considero desarrazoados, levando-se em conta os montantes definidos para o acompanhamento da ação principal (R\$ 5.000,00 por mês). Os agravos constituíam medidas acessórias dentro da ação principal, que era a ação civil pública. E acabou sendo pago pelo acessório dez vezes mais do que foi pago em função do principal, o que não me parece razoável.³⁵

A crítica trazida pelo Ministro Relator é embasada no fato de que a contratação dos advogados para obtenção de decisão liminar foi demasiadamente cara para os fins que se prestavam, contudo, não cabe ao magistrado realizar juízo de conveniência da contratação de escritório de advocacia ou sequer os valores a serem pagos pelo simples fato de tratar-se matéria complexa.

Outro ponto que merece debate acerca do controle externo realizado pelo TCU acerca do ato discricionário é a diferença entre o valor pago aos advogados para atuarem na esfera recursal e o valor pago para acompanhamento da ação civil pública em 1ª instância:

35. Conforme já mencionei, o êxito nos agravos representava apenas a superação de uma das questões envolvidas na ação civil pública. É duvidosa a pertinência de se estabelecer valores por êxitos parciais, em valores tão superiores àqueles pagos em razão do acompanhamento da ação principal. E

³⁵ Acórdão 31/2008 – TCU – Plenário

não custa lembrar que a fixação dos valores foi feita após a obtenção desses êxitos, o que fulmina a legitimidade dos pagamentos.

36. Quanto à afirmação de que as partes acordaram que seria necessário estabelecer outros valores para o ajuizamento de ações conexas, ela não se coaduna com a cláusula 4ª do contrato (grifos nossos):

“Os serviços profissionais a serem prestados pelo CONTRATADO se constituirão em acompanhamento de defesa dos interesses de FURNAS na Ação Civil Pública nº 1999.61.00.048465-6, atualmente em tramitação na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, SP, bem como o ajuizamento de outras ações que se façam necessárias, a critério de FURNAS”

37. Outro aspecto a ser considerado é que os dois agravos tinham, em última instância, o mesmo objetivo: a preservação da audiência na data originalmente marcada, e que a interposição do segundo só foi necessária ante a não-obtenção de sucesso integral no primeiro. O sucesso, na realidade, foi obtido parcialmente no primeiro agravo e complementado no segundo. Dessa forma, não fazia sentido estabelecer o pagamento de valores por cada um dos agravos.³⁶

O que vale frisar deste caso, é que, ainda que profissão do advogado não seja tipicamente obrigação de resultado, e que não se pudesse prever o resultado da ação do departamento jurídico interno de Furnas a atuação do advogado contratado por Furnas foi frutífera para garantir a não-paralisação das obras da empresa, pois, diligenciou de maneira efetiva para garantir as decisões judiciais favoráveis

Neste caso, ainda que se trate de licitação inexigível, e não dispensável, como se aborda ao longo do estudo, é notório que a atuação dos órgãos de Controle Externo representa espécie de duplo grau de jurisdição, pois praticam do chamado *ouerruling* no entendimento trazido pela setorial jurídica da empresa; pelo presidente da empresa, além de toda a Diretoria.

Exatamente ao contrário do entendimento em países europeus, como Itália e França, o Tribunal de Contas da União, neste caso, especificamente, foi além de avaliar a legalidade e os princípios que ensejaram a contratação do advogado sem proceder com a licitação, passando a questionar os motivos determinantes e o resultado útil que esta escolha configurou, frente ao contexto que permeava a escolha da empresa.

No caso concreto, ainda não se exauriu a competência da jurisdição da corte de contas, ainda cabendo recurso na esfera administrativa. Posteriormente, o ingresso no Poder Judiciário será medida cabível, pois, neste caso, defende-se a liberdade de escolha da empresa pública na hipótese prevista pela própria legislação.

Referido posicionamento do TCU, contrapondo critérios valorativos utilizados pela empresa pública em face de uma situação na qual não se podia prever o futuro das ações tomadas vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

³⁶ Acórdão 31/2008 – TCU – Plenário

no sentido da impossibilidade de que algum órgão de Controle Externo ou Interno substitua ou faça juízo de valor acerca dos critérios utilizados por ente público na edição de atos normativos.

O entendimento passado pelo Voto do Min. Alexandre de Moraes no julgamento do MS nº 33.527/RJ, de 20 de março de 2018, é no sentido de que é vedado ao Poder Judiciário interferir na esfera da Administração para valorar critérios e apreciar matéria referente ao conteúdo das decisões, sendo somente permitido verificar e julgar a inconstitucionalidade, legalidade e infringência nos atos administrativos.

Nesta seara, não existe possibilidade de revisar o conteúdo das decisões tomadas por empresa pública, que faz parte da Administração Pública indireta, mas tão somente julgar as ilegalidades oriundas da discricionariedade do agente.

Ainda que a Constituição tenha previsto que ao TCU devem ser submetidas as contas públicas, este não pode interferir no âmbito da discricionariedade administrativa. Vale rememorar que, o agente público está revestido de Estado quando contrata sob interesse da Administração. Neste sentido, é controversa a atuação do órgão de controle externo.

A lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento

Em nome, porém, do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, vêm sendo criados limites ao exercício da autotutela pela Administração. Na verdade, a eterna pendência da possibilidade de revisão dos atos administrativos revela-se, em alguns casos, mais nociva do que a sua permanência.³⁷

Pontua o doutrinador no sentido de reconhecer os limites da atuação da autotutela da Administração, que se vê bem representada pelos órgãos de Controle Externo. Ao afirmar que em alguns casos, a possibilidade de revisão dos atos administrativos é mais prejudicial do que a permanência destes, está garantindo respeito aos direitos adquiridos e a discricionariedade do agente no exercício de sua função, desde de que eivado de boa-fé.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 33ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 298.

Levando tal entendimento para o caso de Furnas, citado anteriormente, o ex-presidente da empresa, já falecido, foi sucedido pela sua esposa, assumindo com o patrimônio pessoal a condenação imputada por fato havido há 20 (vinte) anos.

Por outro lado, ainda que oportunizada a ampla defesa e o contraditório ao longo do processo administrativo, eis que a função de julgador e acusador se confunde na atuação do TCU, pois, incumbido em sentimento inquisitório, busca, nos mínimos detalhes, os responsáveis por algum desvio de legalidade ou interpretação legal, ainda que oriundos de discricionariedade.

Acerca da autotutela, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 473, segundo a qual:

“A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”.

Dentro de tal contexto, o exercício da autotutela, ainda que configure premissa e dever da Administração Pública, só pode fazê-lo para rever e anular atos administrativos quando ilegais.

Nesse exato sentido, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, pacificou entendimento:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

Acertadamente, o Supremo Tribunal Federal aponta que, somente em demonstração de culpa ou erro grosseiro, após promoção de devido processo legal em âmbito administrativo, o chamado controle externo pode responsabilizar o responsável por parecer que tenha resultado danos ao erário.

Em suma, as esferas – administrativa e judicial –, não podem interferir no mérito das questões levantadas em seu próprio interim, sob pena de violar o princípio de separação e independência de poderes. O Poder Judiciário, igualando-se ao Tribunal de Contas na figura de revisor de ato administrativo, não pode exercer controle sobre mérito administrativo. Par e passo, cabendo ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional, não é permitido que se debruce acerca da função administrativa.³⁸

No mesmo sentido, Di Pietro³⁹ brilhantemente ensina:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Poder Judiciário [e os órgãos de Controle Externo] invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

(...)

Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados” (cf. Martin Bullinger, 1987).

(...)

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa

³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, in RDP 65/27-38; Lúcia Valle Figueiredo, 1986:120-35; Regina Helena Costa, 1988:79-108).

Isto posto, vale frisar que a ponderação acerca da violação aos princípios constitucionais do Direito Administrativo cabe somente ao Supremo Tribunal Federal, que possui já reiterado entendimento no sentido da impossibilidade de julgar o mérito do ato administrativo, não possuindo ilegalidade patente.

Explicada a atuação e os limites da ingerência do Poder Judiciário dos órgãos de Controle Externo nas escolhas – principalmente nas discricionárias – no âmbito administrativo, passa a expor a prejudicialidade do excesso de interferência e do cenário burocrático na economia brasileira, de modo que o desenvolvimento econômico do país resta afetado pela ausência de estímulo aos investidores que enxergam com maus olhos o custo-benefício de aportes financeiros na economia.

2.3. REFLEXOS DA RIGIDEZ BUROCRÁTICA CRITICADA POR MERTON NO ATRASO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO

Consoante elucidação dos obstáculos implícitos e explícitos da Administração Pública para efetivação de uma concessão, com base na Lei de Licitações, resta claro que as peculiaridades da atuação do Estado contribuem diretamente para o sonolento desenvolvimento econômico do país.

Com o passar dos anos e a constante evolução tecnológica das atividades essenciais à subsistência de uma sociedade próspera, o Estado – que no caso do Brasil, tendo em vista a atual política econômica, pauta-se em diretrizes de intervenção mínima para garantir o bem-estar social da sociedade como um todo –, se vê atrasado quando não exerce seu poder de mutabilidade nas políticas públicas visando o melhor aproveitamento de tais mudanças.

Pontua com excelência o Prof. Marçal Justen Filho quando ensina que a Administração tem como prerrogativa a atualização do serviço público com base em modificações técnicas, jurídicas e econômicas, veja-se:

A mutabilidade retrata a vinculação do serviço público à necessidade a ser satisfeita e às concepções técnicas de satisfação. É da essência do serviço público sua adaptação conforme a variação das necessidades e a alteração dos modos possíveis de sua solução. A modificação contratual derivará da constatação técnica da inadequação da previsão original. Logo, dependerá de critérios técnicos que comprovem que a solução adotada anteriormente é

antieconômica, ineficaz ou inviável. Enfim, deriva da demonstração científica de que a solução que melhor atende aos interesses fundamentais não é aquela consagrada no contrato original. Logo, a modificação será obrigatória. A Administração Pública terá o dever de promovê-la. Deverá apresentar os motivos técnicos aos quais se vincula sua decisão, fundamentando-a.

(...)

Se a Administração deixar de exercer seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais.⁴⁰

É dizer, o serviço público, seja ele prestado de forma indireta, por um particular outorgado, ou de forma direta, dever-se-á permanecer atualizado frente ao princípio da atualidade, que determina o pleno atendimento das demandas sociais com base na atualização das prestações.

De modo geral, os permissionários de serviço público, via de regra, cumprem com peculiar competência o exercício de tal atualização, pois, os contratos de concessão firmados entre particulares e a Administração possuem cláusulas específicas para atender tais demandas.

Não obstante, o Estado deve buscar, a todo tempo, a melhor prestação de serviços possíveis, não importa como isso se efetive no mundo prático.

Contudo, tamanho o Estado, é normal que haja dificuldades para efetivar boa prestação, isto pois, os processos de contratação estão sempre atrasados por conta dos procedimentos burocráticos.

Isto posto, não há como negar o engessamento do Estado para promover o desenvolvimento econômico com suas próprias armas, quais sejam, as leis atuais. Talvez por certo egoísmo ou mera incompetência dos legisladores.

Inclusive, Niebuhr⁴¹ ensina que o Governo contrata mal, de forma mais onerosa do que o que está no mercado e com uma prestação de serviços que não basta para o interesse público. Isto se dá muito por conta da burocracia do Estado, que privilegia o que está no papel, não leva em consideração o espaço-tempo e as circunstâncias empíricas que aquele procedimento deve atender, e ignora o fato da discricionariedade do agente servir como embasamento para a melhor escolha no caso concreto.

Trazendo novamente o conceito de estrutura burocrática ventilada por Merton e considerando a importância dos princípios do Direito Administrativo aplicados à

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, pp. 993.

⁴¹ NIEBUHR, J. M. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 1. ed. Curitiba: Zênite, 2008, pp. 21.

discrecionariedade, a estrutura flexível da Administração Pública, voltada essencialmente para saciar o interesse público deve se refletir na tomada de decisões.

No caso das licitações em tela, as decisões discricionárias se mostram imprescindíveis, pois, a disfunção burocrática foi concedida pela legislação ao se quedar omissa com relação à certos aspectos do procedimento licitatório. Logo, a possibilidade de o agente público atuar por suas próprias razões voltado em atender o interesse público com base nos princípios do Direito Administrativo não poderia ser alvo de controle jurisdicional, por ausência de competência para tanto.

3. CONCLUSÃO

A conclusão deste projeto, de maneira crítico-reflexiva, suscitando o debate acerca dos limites do poder discricionário dado ao agente público – e as nuances do controle jurisdicional –, em face das hipóteses de licitações dispensáveis trazidas pela Lei n. 8.666/1993, a luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do Direito Administrativo e a atuação dos órgãos de Controle Externo e do Judiciário frente às incursões de mérito administrativo.

Com a análise dos doutrinadores mencionados ao longo do texto e com o entendimento positivado pela jurisprudência analisada, com aplicação do caso concreto analisado oriundo do Tribunal de Contas da União – TCU, compreende-se que os princípios do direito administrativo regem, de maneira geral, a atuação do agente público, figura finalística da ação estatal, principalmente na edição de atos administrativos vinculados à contratos administrativos.

Além disto, referidos princípios servem para guiar o exercício de autotutela do Estado, praticado *ultima ratio* pelos órgãos de Controle Externo e pelo Poder Judiciário, no sentido de impossibilitar o abuso na convalidação dos atos administrativos oriundos da discrecionariedade de agentes públicos.

Como se abordou, a discrecionariedade destas figuras deve ser inquestionável no âmbito técnico, visto que a presunção dada àquele em poder para tomar tais decisões é absoluta, no sentido de que possui capacidade técnica plena para decidir por suas razões. Contudo, esta deve ser acompanhada do preenchimento dos princípios do direito administrativo – sejam eles previstos na Constituição ou nas leis esparsas que ditam as especificidades não antevistas pelo constituinte –, para que a ação dos órgãos de controle

jurisdicional não revogue ou anule algum ato administrativo que não deixou lacunas principiológicas de fundamentação, ou pior, impute a este agente eventual favorecimento ilícito de qualquer forma, ou condene-o ao ressarcimento ao erário.

Ademais, a atuação destes agentes discricionários e os atos administrativos oriundos da “janela de discricionariedade” somente podem ser questionados sob ótica da legalidade e da inconstitucionalidade, como bem pontuado ao longo do texto, sob pena de interferência indevida de um Poder no outro, o que é vedado, visto que cada componente da democracia é soberano em seu âmbito de atuação, ainda que o Judiciário seja a representação da *ultima ratio* em questões controversas.

Noutro giro, é importante se suscitar o contexto histórico e processual que se vive, pois essenciais para compreendermos e regulamentarmos a atuação do controle jurisdicional. O contemporâneo sentimento inquisitório reflete na pormenorização de cada um dos atos emanados da Administração Pública pelo ente, órgão ou autarquia superior, de modo que o mérito técnico da questão litigada é reaberto, figurando-se como desrespeito à coisa julgada, segurança jurídica e princípio da legalidade.

O exemplo é claro, foi reiterado e pode-se enxergar no cenário em que um técnico – ponta mais baixa da cadeia de regulação em âmbito administrativo, sob uso de sua discricionariedade – opta por uma solução discricionária para uma lacuna legislativa, como é o caso das Licitações e Contratos Administrativos, e o Ministro do TCU, na outra ponta da relação jurisdicional enxerga “erro” de mérito (*Accertamenti*) na escolha do agente e anula toda prestação concedida e abre processo de tomada de contas com fito de ressarcir o erário sob fundamentação no interesse público.

A problemática está clarificada pelo fato de que o técnico, em seu ambiente de conforto, visto que qualificado para tanto, e se não fosse, não poderia ter sido imbuído de tal cargo público com poderes determinantes, toma uma decisão frente à uma lacuna legislativa, comuns em cenários de marco regulatório ou em omissões legais, com reserva ou não, e um Ministro de Contas, sem legitimidade e conhecimento técnico para tanto busca julgar de modo inquisitório a conduta levada.

Por isso, como bem citado por a sombra da competência do controle jurisdicional sob espírito inquisitivo e com foco no erro técnico do agente, gera reflexos em toda cadeia de desenvolvimento de um Estado inchado como é o caso do Brasil.

O agente discricionário, que é a ponta mais frágil na relação Estado-Particular ou Estado-Estado, cultiva receio de uma punição pessoal ou anulação de ato administrativo e acaba por negar, postergar e/ou se omitir face aos pleitos particulares e

hipóteses de licitação que demandam obrigatoriamente a análise discricionária do julgador.

Pior é o caso das licitações dispensáveis, pois, não existe caminho seguro para ser seguido pelo agente público responsável pela licitação, vez que corre o risco de mal fundamentar seus motivos determinantes ao optar por dispensar licitação, ou de sucumbir ao tempo conforme a burocracia, caso opte por promover o certame.

Nesse sentido, os precedentes das Cortes Superiores, bem como, a pressão midiática atual, resultam no fato de que a atuação do agente público segue assombreada pela penumbra da atuação Estatal, que contamina todo o procedimento de escolhas discricionárias, prejudicando, assim, a efetivação da atuação da máquina.

Por fim, se conclui que a discricionariedade administrativa do agente público em face das licitações dispensáveis é [ou deveria ser] ilimitada, visto que é inquestionável pelos outros poderes componentes de uma República e imutável perante os órgãos de controle jurisdicional, desde que, acompanhada de uma rica e vasta demonstração de preenchimento dos princípios do direito administrativo, pois estes deram origem a este ramo do Direito, bem como balizam a relação Administração-Administrado.

Portanto, a regulação dos atos discricionários deve se dar somente em busca de ilicitudes e ilegalidades de fato, e não de valoração de princípio [mas tão somente a aplicação destes, ainda que minimamente] ou norma, sob pena de desvio de poder e de uma vigente morosidade burocrática para desenvolvimento econômico.

4. REFERÊNCIAS

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. – 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte especial - Dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARÃO, Tatiana; SANTANA, Jair Eduardo. Gestão e fiscalização de contratos administrativos, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FRANÇA, Maria Adelaide de C. Comentários à Lei e Licitações e Contratos da Administração Pública, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. Revista de direito público, São Paulo, v.23. n.93, p.41-46, 1990.

JACOBY FERNANDES, J.U. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação; inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta, 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORÓN, Miguel Sanches. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994.

NIEBUHR, J. M. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 1. ed. Curitiba: Zênite, 2008.

NIEBUHR, J.M. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. Editora Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos: Teoria e Prática, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas, 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa. Teoria e Prática, 3. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2017.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações e contratos no Sistema S, 5. ed. Curitiba: Editora JML, 2012.